Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XV.

Rechtsfall, als Beitrag

1) zu der Lehre von der Streitgenoſſenſchaft, deren Socialverhältniß, und daher einer möglichen verſchiedenen Richtung im Beweisverfahren, ſo wie in dem Reſultat des gemeinſchaftlichen Rechtsſtreits —

2) zu der Lehre von dem Grundſatz: „paganus pro parte testatus pro parte intestatus decedere non potest.“

Von dem
Profeſſor Dr. Seuffert, zu Würzburg.

§. 1.

Geſchichtserzählung und Proceßgeſchichte.

M. L.* war mit Hinterlaſſung eines Teſtaments verſtorben, in welchem er jedes ſeiner ſechs Kinder in den Pflichttheil, in den übrig bleibenden Drittheil [1]) aber, mit Ausſchluß ſeiner Töchter K.* und E.* M.*, ſeine Söhne J.*, F.*, M.* und Fr.* zu Erben eingeſetzt hatte. Die Letzteren traten die Erbſchaft aus dieſem Teſtamente an, und wurden in den Beſitz derſelben geſetzt. Die Töchter aber ſtellten gegen ihre Brüder querelam nullitatis testamenti an, indem der väterliche letzte Willen durch ungeſtümmes Zureden von ihnen erſchlichen und gewiſſermaßen erzwungen worden ſey; — und verlangten, mit den Beklagten in gleichen Theilen zur Inteſtaterbfolge in das väterliche Vermögen gelaſſen zu werden.

Nach verhandelter Sache ergieng nachfolgender Zwiſchenbeſcheid:

1) Nach der fränkiſchen Landgerichts-Ordnung beſtehet der Pflichttheil der Kinder, ohne Rückſicht auf ihre Zahl, in zwei Drittheilen des älterlichen Vermögens.

„Die Klägerinnen haben binnen einer peremtoriſchen Friſt „von 30 Tagen zu beweiſen: daß das Teſtament ihres Va„ters durch ungeſtümmes Zureden von Seite der Beklagten „erſchlichen, und Teſtirer gezwungen worden, ſeinen letzten „Willen, wie geſchehen, einzurichten; — worauf weiterer „Spruch Rechtens ergehen wird [2]).“

Dieſen ihnen auferlegten Beweis traten die Klägerinnen dadurch an, daß ſie jedem der Beklagten für ſeine Perſon über die Thatſache des ungeſtümmen Zuredens und der Erzwingung den Schiedseid deferirten. Die Letzteren acceptirten dieſen Haupteid, und es wurde ſofort Schwörungstermin, unter dem Nachtheile des Nichtſchwörenkönnens, anberaumt. Auf der beſtimmten Tagfahrt erſchienen die Brüder F.* und F.*, und ſchwuren den ihnen zugeſchobenen Eid ab. Die beiden andern hingegen, M.* und Fr.* erſchienen nicht, und wurden ihres Ungehorſams wegen als ſolche beurtheilt, welche nicht ſchwören wollen und können.

§. 2.

Beurtheilung.

Welche rechtliche Folge geht nun in gegenwärtigem Falle daraus hervor, daß zwei der Delaten den Haupteid abgelegt haben, die zwei andern aber für nicht ſchwören könnend erachtet werden mußten?

Sämmtliche Beklagte und Delaten befinden ſich offenbar in dem Verhältniſſe der Streitgenoſſenſchaft. Sie ſind als angegriffener Theil in demſelben Rechtsſtreite zu Erreichung eines und eben deſſelben nächſten Zwecks, nämlich zur Aufrechthaltung des von den Klägerinnen angefochtenen Teſtaments, vereinigt [3]). Dieſe Vereinigung zur gemeinſchaftlichen Proceßführung iſt aber nicht nothwendig in dem Rechtsverhältniſſe der Beklagten zueinander und zu den Klägerinnen begründet. Denn bei der hereditatis petitio partiaria, welche der angeſtellten Nullitätsklage zu Grunde liegt, muß der einzelne Erbe,

---

2) Nachdem dieſer Zwiſchenbeſcheid rechtskräftig vorliegt, fällt die Streitfrage hinweg: ob die römiſchen Geſetze, nach welchen, wenn der Erblaſſer zu Errichtung eines letzten Willens gezwungen wurde, die Succeſſion nicht an die Inteſtaterben kam, ſondern dem Teſtamentserben vom Fiscus entriſſen wurde, — noch anwendbar ſeyen? (was Batz neuerdings bejahte). Eben ſo wenig kann nach der Lage des Proceſſes, wie ſie ſich hier im Momente der endlichen Entſcheidung findet, noch über die Zuläßigkeit der Eidesdelation in ſolchen Fällen geſtritten werden.

3) Vergl. Martins und Walchs Magazin für den gemeinen teutſchen bürgerlichen Proceß I., 1. S. 29 — 30.

wenn der Beſitzer der Erbſchaft Mehrere ſind, von jedem derſelben den dem Umfange ſeines Beſitzes angemeſſenen Beitrag zu ſeiner Erbportion fordern [4]); ſo, daß in dem gegenwärtigen Falle, indem jede der beiden Klägerinnen, als Inteſtaterbin zum 6ten Theile der Erbſchaft, von jedem der 4 Beklagten ¼ fordern muß, eigentlich 8 verſchiedene Proceſſe gemeinſchaftlich verhandelt wurden, und getrennt verhandelt werden können. Desungeachtet ſtand es nicht in der Willkühr der Beklagten, die Streitgenoſſenſchaft zu bilden, oder eine ſubjective Klagenhäufung mit dem Geſuch zu exciviren: „die Klägerinnen ſollten einzeln jeden einzeln Beklagten ſeparat belangen.“ Denn jeder Kläger hat das Recht, mehrere Perſonen, welche er alle aus dem nämlichen facto und aus dem nämlichen Rechtsgrunde belangen kann, zuſammen als Streitgenoſſen zu verklagen, wenn gleich dieſe eine Trennung wünſchten und forderten [5]). Weil aber die Streitgenoſſenſchaft der Beklagten nicht nothwendig in dem ſtreitigen Rechtsverhältniſſe ſelbſt, ſondern nur in einer Proceßmaxime begründet iſt, ſo iſt auch Einheit des Erfolgs von dem Rechtsſtreite für alle Streitgenoſſen im Allgemeinen durchaus nicht abſolut-nothwendig [6]).

§ 3.

Allen Beklagten, und zwar jedem für ſeine Perſon, wurde darüber der Haupteid deferirt: „daß er den Teſtirer nicht durch ungeſtümmes Zureden zu Errichtung des Teſtamentes in der Art, wie ſie geſchehen, vermocht habe.“ Zwei derſelben haben geſchworen, die beiden Andern mußten in contumaciam für nicht ſchwören wollend und könnend erachtet werden.

Sieht man ab von der beſondern Natur des in Frage ſtehenden Rechtsverhältniſſes, ſo kommt

1) das Princip zur Anwendung: „non debet alterius collusione aut inertia alterius jus corrumpi [7]).“

Die Omiſſiv-Handlungen der Brüder M.* und Fr.* dürfen den beiden Andern, J.* und F.*, auf keine Weiſe zum Nachtheil angerechnet werden.

---

4) fr. 1. §. 2. si pars hered. pet. — Schweppe's römiſches Privatrecht §. 859.

5) Selbſt von ihrem gemeinſchaftlichen Oberaericht, wenn ſie in verſchiedenen Untergerichten zerſtreut wohnen ſollten. R. D. A. v. 1600. §. 23, 24. Martins und Walchs Magazin I., 1. S. 32., 2. S. 174. u. d. mit Martins Lehrb. d. Civilpr. §. 32. 34. a. E. u. §. 55. ff.

6) Martin und Walch a. a. O. Heft 2. S. 251 ff.

7) fr. 9. pr. de liberali causa. fr. 74. d. R. J.

Es können aber auch

2) Die Erſteren von der Eidesleiſtung der Letzteren durchaus keinen Vortheil ziehen.

Denn jedem Einzelnen der 4 Beklagten war der Haupteid für ſeine Perſon über ſein eigenes Handeln deferirt. Ideo interpositum est jusjurandum, ut de persona jurantis ageretur [8]).

Aber dieſe Entſcheidungsgründe ſcheinen doch ſehr bedenklich, wenn man das ſtreitige Rechtsverhältniß ſelbſt und an ſich — objectiv — näher ins Auge faßt.

Die Klägerinnen fechten das väterliche Teſtament als erſchlichen und erzwungen an. Es wird ihnen der Sieg Rechtens durch den rechtskräftigen Zwiſchenbeſcheid für den Fall zugeſichert, wenn ſie das Factum der Erſchleichung und Erzwingung darzuthun vermögen. Offenbar — kann man ſagen — iſt aber der Ausſpruch der Nichtigkeit des fraglichen Teſtaments ſchon dadurch begründet, daß jene Thatſache von Seiten auch nur Eines der Beklagten rechtserforderlich dargethan iſt; indem es ja keiner vierfachen ſondern nur einer einfachen Nichtigkeit des Teſtaments bedarf, und es gleichviel iſt, ob alle vier Brüder der Erſchleichung und des Zwanges ſich ſchuldig machten, ob nur einer von ihnen den Vater beſchliche oder zwang. Mußte nun dieſe Thatſache von Seiten der im Schwörungstermine nicht erſchienenen Brüder M.* und Fr.* in contumaciam für eingeſtanden gehalten werden [9]), ſo gewinnt es das Anſehen, als wäre der auferlegte Beweis der ſtreitigen, der Klage zum Grund gelegten, Thatſache von dem objectiven Geſichtspunkt aus für voll und umfaſſend zu achten, und alſo das Endurtheil ganz nach dem Antrage der Klägerinnen auszuſprechen.

Dies Bedenken erhält noch ein weit ſtärkeres Gewicht, wenn man erwägt, daß, ſobald man das Endurtheil nach den oben angedeuteten Entſcheidungsgründen ausſpricht, theils entbindend, theils verurtheilend, der leitende Grundſatz des römiſchen Erbrechtes: „paganus pro parte testatus, pro parte intestatus decedere non potest", geradezu verletzt würde; indem ja in Rückſicht derjenigen Brüder, welche den aufgelegten Haupteid geſchworen haben, das Teſtament aufrecht erhalten, in Rückſicht der beiden Andern aber den Klägerinnen die Inteſtaterbfolge eröffnet werden müßte.

---

8) fr. 28. §. 1. de jurejurando.

9) Grolman, in der Theor. des ger. Verf. in bürg. Rechtsſtr. §. 95. Martin, in dem Lehrb. des bürg. Proc. §. 219.

§. 4.

Dennoch laſſen ſich dieſe Zweifelsgründe zu Entſcheidungsgründen nicht erheben.

Im Allgemeinen iſt es zwar richtig, daß, wäre die Thatſache der Erſchleichung oder Erzwingung objectiv erwieſen, wenn gleich nur als von einem der beiden Brüder verübt, das Teſtament auch überhaupt, in Hinſicht auf alle Beklagte, als nichtig zuſammenfallen würde, und mithin für keinen derſelben den Grund einer teſtamentariſchen Erbfolge abgeben könnte. Allein der von den Klägerinnen unternommene Beweis durch Eidesantrag iſt rein ſubjectiv. Schon oben wurde gedacht, daß die Verbindung der Beklagten zur gemeinſchaftlichen Vertheidigung nicht nothwendig in dem Rechtsverhältniſſe ſelbſt lage, ſondern nur in einer Proceßmaxime begründet war, und es folgt hieraus, daß, wenn die rechtliche Folge gegen Alle gleichmäßig eintreten ſoll, der Beweis der entſcheidenden Thatſache auch ſo zu ſtellen iſt, daß er gegen jeden Einzelnen Wirkung haben kann, d. h. von jedem als formelle Wahrheit wider ihn anerkannt werden muß. Gegen Alle würde die Beweisführung wirkſam geweſen ſeyn, wenn ſie durch Zeugen geſchehen wäre, geſetzt auch, dieſe hätten auch nur von dem einen der Beklagten beweiskräftig ausgeſagt: jener habe das ganze Teſtament erſchlichen oder erpreßt. Indem aber die Klägerinnen ihre Zuflucht zu der Eideszuſchiebung, und zwar an jeden Einzelnen der Beklagten, nahmen, traten ſie in ein rein ſubjectives Verhältniß zu jedem einzeln Beklagten, führten gegen jeden einen beſondern Rechtsſtreit, einen beſondern Beweis, in deſſen Gebiet die beklagten Brüder aufhörten, Streitgenoſſen zu ſeyn. Von jetzt an kann man ſagen: kein Rechtsſtreit hat auf den andern Einfluß — res inter alios acta aliis non nocet [10]). So wie nun jeder Conſorte in Anſehung theilbarer Gegenſtände nur ſich ſelbſt, nicht aber auch den andern, durch ſein Bekenntniß der von dem Gegner behaupteten Thatſachen präjudiciren kann [11]), eben ſo wenig kann er es durch ein im Gefolge der Verweigerung oder des Verſäumniſſes der Ableiſtung eines zugeſchobenen Eides geſetzlich zu fingirendes Geſtändniß [12]). Dadurch entſtehet eine formelle Wahrheit gegen den Nichtſchwörenden; aber auch nur gegen dieſen und diejenigen, die deſſelben Handlungen und Unterlaſſungen als die

10) Const. 1. seq. 7. 60.

11) Martin und Walch a. a. O. Heft 2. S. 231.

12) Vergl. a. Genßler, in dem Arch. f. civ. Pr. B. 1. S. 31. ff. Not. ***).

ihrigen anerkennen müſſen. Das iſt aber zwiſchen Streitgenoſſen nicht der Fall — wenn ſich der eine für überwunden geben will, kann der andere dennoch nach Entbindung ſtreben [13]). Hier iſt offenbar auch noch ein Ungehorſam auf Seiten des Nichterſcheinenden, eine culpa, wohl ein böſes Gewiſſen, vorhanden, aus welchen ſeinem Streitgenoſſen gewiß ein Nachtheil nicht erwachſen darf [14]). Am wenigſten kann dieſes da in Zweifel gezogen werden, wo die Streitgenoſſenſchaft der Delaten nicht auf freiwilligem Vereine beruhte; und wäre es rechtsmöglich daß das Verſäumniß oder der Ungehorſam des einen Conſorten dem andern ſchadete, ſo wäre auch die Gelegenheit gegeben, den aufmerkſamen Streitgenoſſen durch Colluſion und Chikane zu beſiegen.

Es macht Martin a. a. O. (S. 241.) zur Beſtärkung dieſer Anſichten noch auf die Analogie der Eingehung eines Vergleiches aufmerkſam, welche ſowohl durch die Natur der Sache, als durch die Geſetze, für die Eideszuſchiebung begründet ſey. Von dieſem Geſichtspunkt aus [15]) haben die Klägerinnen durch die Eideszuſchiebung an jeden Einzelnen der Beklagten auch jedem von dieſen einzeln einen Vergleich über ſeinen Antheil an dem Gegenſtand des Rechtsſtreites angeboten, und dieſer 4fache Vergleich iſt durch die Annahme des Antrags von Seite der Delaten exiſtent geworden. Auf dieſe Weiſe wurde die Möglichkeit einer verſchiedenartigen Erledigung des Streites von den Klägerinnen ſelbſt eingeleitet; ſie haben, wie ſchon oben erwähnt wurde, gleichſam die Streitgenoſſenſchaft der Beklagten, welche von ihnen hervorgerufen war, ſelbſt wieder aufgelöſt, und das weitere gerichtliche Verfahren, wenn es gleich der Form nach noch gemeinſam fortſchritt, hatte keine andere Bedeutung, als den mit jedem der Delaten einzeln eingegangenen Vergleich in ſeiner Beſonderheit herzuſtellen und zu vollziehen.

Freilich mag es ſich nun ergeben, daß der Richter dieſelbe Thatſache in Rückſicht des Einen für wahr, in Rückſicht des Andern für unwahr annehmen muß. Aber zur Vollziehung der

---

13) Martin, in dem Lehrb. des Civ. Proc. §. 309.

14) fr. 9. pr. liberali causa. fr. 74. et 156. pr. de regulis juris. Const. 21. de poenis.

15) Nicht alle ſtimmen dieſer Anſicht bei. M. ſ. z. B. Genſler, a. a. O. B. 2. pag. 32. Allein wenngleich der Schiedseid in die Zahl der ordentlichen Beweismittel eingetreten iſt, ſo behält doch ſein Antrag und ſeine Folge noch immer viel vergleichs-ähnliches. Grolman, in der Th. d. ger. Verf. im bürg. Rechtsſt. §. 91.

einzelnen Vergleiche kömmt es nicht darauf an, ob die zu beſchwörenden Thatſachen wahr oder unwahr ſind, ſondern nur darauf, ob geſchworen oder nicht geſchworen wird. Die formelle Ueberzeugung des Richters hängt ja von objectiver Wahrheit überall nicht ab [16]), und dem Allem gemäß liegt es auſſer Zweifel, daß der Beweis, welcher gegen die im Schwörungstermine nicht erſchienenen Brüder für geſtellt erachtet werden mußte, gegen diejenigen, welche geſchworen haben, nicht wirkſam ſeyn könne.

§. 5.

Wie ſollen aber dieſe Anſichten bethätigt werden, ohne den oben erwähnten Grundſatz: „paganus pro parte etc.“ zu verletzen? —

Daß dieſer Grundſatz als Regel und durchgreifend in dem Syſteme des röm. Erbrechtes vorwalte, daß er als eines der vorzüglichſten Principien aller Succeſſion nach römiſchem Rechte betrachtet werden müſſe, iſt auſſer allem Zweifel. Daraus ergiebt ſich die Folge, daß jede geſetzliche Vorſchrift, welche eine Abweichung von dieſem Grundſatze aufſtellt, als eine Ausnahme, als ein ſinguläres Geſetz, zu betrachten und auszulegen ſey.

Als ſolche Beſonderheiten führt man gewöhnlich diejenigen Stellen im Pandectentitel de inofficioso testamento an, nach welchen in gewiſſen Fällen ein Teſtament durch Anſtellung der querela inofficiosi nur zum Theil reſcindirt wird, und zum Theil aufrecht bleibt [17]); und deren Princip von Papinian dahin ausgeſprochen iſt „nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.“

Ueber das innere Verhältniß dieſer Anomalien zu der Regel über das Gemeinſame dieſer für verſchiedene Fälle beſtimmten Abweichungen — über die Gründe derſelben — haben ſchon mehrere Rechtslehrer Aufklärung zu geben verſucht. Allerdings würden ſich die Gründe der abweichenden Beſtimmungen leichter finden laſſen, wenn erſt die Motiven der geſetzlichen Re-

16) Martin, a. a. O. S. 235 — 6. Genßler, a. a. O. S. 31. Schon dieſer Grund allein wird entſcheidend ſeyn; wollte man auch die Analogie zwiſchen Eidesdelation und Vergleich ganz zurückſtellen, und nur berückſichtigen, daß die Klägerinnen gegen jeden einzeln Beklagten einen beſondern ſubjectiven Beweis unternahmen. So wie die Subjecte getrennt wurden, ſo ſpaltete ſich auch die formelle Wahrheit. In Rückſicht auf das eine Subject kann eine Thatſache als juriſtiſch wahr, und in Rückſicht auf ein andere Subject als juriſtiſch unwahr vorliegen. L. 15. §. 2. D. 5. 2.

17) fr. 15. §. 2. fr. 24. 19. 25. §. 1. de inofficioso testamento.

gel ausgemacht wären. Aber daß man hierüber keine befriedigende Antwort geben könne, und ſich daher damit begnügen müſſe, den Inhalt der einmal vorhandenen poſitiven Vorſchriften zu erforſchen und zu deuten, hat wohl Thibaut [18]) ganz richtig bemerkt.

§. 6.

Die Regel, nach welcher die Inteſtaterbfolge von der teſtamentariſchen ausgeſchloſſen wird, äußert ſich darin, daß dem Teſtamentserben Alles accrescirt, worüber der Erblaſſer nicht verfügte, oder was durch Wegfallen berufener Miterben eröffnet wird. Ob dies dem Willen des Teſtirers gemäß ſey, oder nicht, darauf wird keine Rückſicht genommen. Verordnet dieſer z. B. „den Titius ſetze ich zum Erben in die Hälfte meines Vermögens ein“ — ſo wird die Vernunft nicht daran zweifeln, daß der Teſtator in Rückſicht der andern Hälfte ſeines Vermögens der Inteſtaterbfolge habe Statt geben wollen. Aber desungeachtet bekömmt Titius, nach Vorſchrift des poſitiven Geſetzes, das Ganze. „Nam jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse [19]).“ Wenn gleich der Wille des Teſtirers offenbar dahin gieng, eine Concurrenz der Teſtaments- und Inteſtaterbfolge zu begründen, ſo wird doch demſelben nicht entſprochen. Denn „testamenti factio non privati sed publici juris est [20]),“ et „nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant [21]).“

In dem andern Falle, wenn berufene Miterben vor der Adquiſition wegfallen, iſt die Frage: weſſen Eintritt in den eröffneten Erbſchaftstheil dem Willen des Teſtirers entſprechen möge? in Gemäßheit unſeres Grundſatzes geradezu abgeſchnitten, und durch das jus adcrescendi die Einheit der letztwilligen Dispoſition und der Verlaſſenſchaft feſtgehalten.

Aber auch nur vom Teſtirer — vom Verhältniſſe ſeiner letztwilligen Dispoſition zur Verlaſſenſchaft — kann die fragliche Regel verſtanden werden. Sie beſtimmt: „wer ein Teſtament errichtet, muß durch daſſelbe die ganze Verlaſſenſchaft erſchöpfen, und ſo lange daſſelbe aufrecht bleibt, kann die Succeſſion nur

18) Civil. Abhandl. Nro. V.

19) fr. 7. de R. J.

20) fr. 3. qui test. fac. pos.

21) fr. 55. de leg. I.

aus ihm, dem Teſtament, deferirt werden [22]).“ Der Inhalt jener Regel ſchließt keineswegs jede Concurrenz der Teſtaments- und der Inteſtat-Erbfolge aus; ſondern dieſe Concurrenz darf nur nicht vom Erblaſſer ſelbſt ausgehen. Man ſoll durchaus nicht annehmen können, daß ſie auf irgend einen Fall in dem Willen deſſelben begründet geweſen ſey. Dieſe beſchränkende Beziehung der angeführten Regel auf den Willen des Teſtators rechtfertigt ſich ſowohl durch die ſubjective Faſſung derſelben: „nemo — decedere potest“, als auch insbeſondere durch die Erklärung der Ausnahme, nämlich: „nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur [23]).“

Muß man alſo, um dieſe Concurrenz zu rechtfertigen, weder auf den urſprünglichen, noch auf den eventuellen Willen des Teſtators zurückgehen, ſondern ſcheint jene Concurrenz durch andere Verhältniſſe oder Ereigniſſe gefordert zu ſeyn, ſo ſteht ihrem Eintritte die fragliche Regel durchaus nicht im Wege.

Dies ſcheint von Tryphonin in fr. 19. §. 2. de castrensi peculio angedeutet zu ſeyn, indem er ſagt: „miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori.“ Denn bei einem Todesfalle fragt man vor Allem (ab initio) [24]) nach einem Teſtamente; und eben ſo erkundigt man ſich vorerſt nach dem etwaigen eventuellen Willen des Erblaſſers, wenn eine Verfügung des Teſtaments aus irgend einem Grunde nicht zur Erfüllung kömmt. In dieſem Sinne kann der paganus ab initio nicht pro parte testatus pro parte intestatus verſtorben ſeyn. Wohl aber

---

22) fr. 38. de adquir. her. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

23) §. 5. de hered. inst. fr. 37. de testam. militis. — Vorzüglich der Gegenſatz von jus und voluntas in C. 1. de mil. test.

24) Daß dieſer Zuſatz „ab initio“ die Beziehung des fraglichen Grundſatzes auf den Willen des Teſtirers ausdrücke, ergiebt ſich aus den nächſtfolgenden Worten deſſelben Geſetzes: „quod jus iste (nämlich der paganus, von dem die Rede iſt) non habuerit, non magis, quam sine observatione legum facere testamentum.“ Dieſe Erklärung iſt ferner unterſtützt durch den überall ausgeſprochenen Vorzug der teſtamentariſchen Erbfolge, nach welchem ein beſtehendes judicium testantis, ja ſelbſt die spes testamentariae successionis die Inteſtaterben ausſchließt, und dem gemäß in jedem Falle einer eröffneten Succeſſion vorerſt (ab initio) nach einem etwa vorhandenen letzten Willen des Erblaſſers gefragt werden muß.

kann durch ſpäter eintretende Verhältniſſe eine theilweiſe Teſtaments- und theilweiſe Inteſtat-Erbfolge eintreten [25]).

§. 7

Die oben berührten Fälle, in welchen nach geſetzlicher Vorſchrift ſich im Erfolge zum Theil eine Teſtaments- zum Theil eine Inteſtat-Erbfolge ergiebt, haben das Gemeinſame, daß hier

1) die Concurrenz beider Arten der Erbfolge bei dem Daſeyn mehrerer Teſtamentserben ſich

2) dadurch bildet, daß ein Teſtament, welches die ganze Erbſchaft umfaßt, durch richterliches Urtheil zum Theil, nämlich gegen einen der eingeſetzten mehreren Erben, reſcindirt wird.

Der Erblaſſer war alſo ab initio in Rückſicht der ganzen Erbſchaft als testatus verſtorben, und ſomit war auch dem in Frage ſtehenden Grundſatze vollkommen genügt. Die Concurrenz der Teſtaments- und Inteſtat-Erbfolge hat hier ihren Grund nicht nur nicht in dem Willen des Teſtirers, ſondern ſie wird vielmehr gegen den Willen deſſelben, durch theilweiſe Reſciſſion ſeines letzten Willens, durchgeſetzt.

Die Zulaſſung dieſer Concurrenz in dergleichen Fällen iſt alſo keine poſitive Anomalie, ſie enthält durchaus keine Abweichung von dem Grundſatze: „paganus pro parte etc.;“ ſondern ſie tritt in Verhältniſſen ein, welche durch dieſen Grundſatz gar nicht getroffen werden, durch ihn gar nicht beſtimmt ſind. Darum fand es auch Papinian ſo ganz natürlich, daß hier von jenem Grundſatze nicht die Rede ſeyn könne; darum bemerkt er: „es ſcheine nur, als ſey er verletzt.“ Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri [26]).

Hieraus ergiebt ſich die Folge, daß die angeführten Geſetze, welche eine Concurrenz der beiden Arten der Erbfolge zulaſſen, durchaus nichts Singuläres enthalten, ſondern ganz conſequent eine Begränzung der Anwendung des fraglichen Grundſatzes nach dem Inhalte und Geiſte deſſelben ausſprechen.

---

25) Auf dieſe Weiſe rechtfertigt ſich die von Thibaut a. a. O. verworfene Unterſcheidung zwiſchen einem pro parte intestatus ab initio oder ex post. Sie findet ſich nach Vorgang der Gloſſe ſchon bei Cujacius (quaest. Papin. L. 14. ad L. 15. §. 2. de inoff. und Comm. ad Tit. de Reg Jur. ad L. 7.) Donellus (Comment. LXIX. C. X.) und bei de de Retes (Meermann Thes Tom. VI. pag. 253); — iſt aber nirgends klar gedacht.

26) fr. 15. §. 2. de inoff. Auch in fr. 24. eod. iſt das „videbitur“ von Ulpian offenbar ſignificant gebraucht. — In fr. 19. eod. äußert ſich Paulus nicht minder bedeutſam „pro parte intestata efficitur.“

Darum iſt auch die Anwendbarkeit dieſes Ausſpruchs keineswegs auf die ſpeciellen Fälle, auf die beſondern Verhältniſſe der querela in officiosi beſchränkt; ſondern es läßt ſich aus ihnen die allgemeine Regel aufſtellen: In allen Fällen, wo ein Teſtament von den Inteſtaterben gegen mehrere Teſtamentserben angefochten wird, kann ſich im Erfolge eine Concurrenz der Teſtaments- und Inteſtat-Erbfolge ergeben.

§. 8.

Nach dieſen Prämiſſen unterliegt die endliche Entſcheidung des hier vorgetragenen Falles keinen Schwierigkeiten mehr.

Durch den Zwiſchenbeſcheid war der Ausgang des Proceſſes dahin feſtgeſtellt worden: daß, würden die Klägerinnen den auferlegten Beweis ſtellen, ihrem Begehren gemäß das angefochtene Teſtament als nichtig erklärt, und die Inteſtaterbfolge eröffnet werden ſolle; würden ſie hingegen das Beweisthema zu entſchöpfen nicht vermögen, das väterliche Teſtament als vollgültig zu betrachten, und ſie demnach mit ihrer Klage abzuweiſen ſeyen.

Nun haben ſie den auferlegten Beweis gegen zwei der Beklagten wirklich geſtellt, gegen die zwei Andern ſind ſie aber beweisfällig geworden. Die Natur des im Streite befangenen Rechtsverhältniſſes fordert, wie gezeigt wurde, keine Einheit des Erfolgs; auch wird die auszuſprechende Concurrenz der Teſtaments- und Inteſtat-Erbfolge zum Grundſatz: nemo pro parte testatus etc. durchaus nicht verletzt, vielmehr iſt dieſe Concurrenz in ſolchen Fällen durch deutliche Geſetze [27]) verordnet. — Dem Allem zu Folge wurde in vorliegendem Falle von Rechtswegen das Endurtheil dahin ausgeſprochen:

1) Das Teſtament des M. L.* beſtehet in Rückſicht der Beklagten J.* und F.* dergeſtalt zu Recht, daß ſie den vollen Betrag des ihnen zugedachten Vermögens erhalten, und die Klägerinnen inſoweit mit ihrer Klage abgewieſen werden —

---

27) Auf unſern Fall paßt vorzüglich das angeführte fr. 15. §. 2.: „filius, qui, de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias judicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est. — Credimus, eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit.“ — Zwar ſind noch keine diversae sententiae judicum vorhanden, ſondern erſt von einem und demſelben Richter auszuſprechen. Aber daß hier mehrere Proceſſe nur gemeinſchaftlich verhandelt wurden, iſt oben ausgeführt, und — jusjurandum majorem habet auctoritatem, quam res judicata. fr. 2. de jurejur.

2) In Rückſicht der Beklagten M.* und Fr.* iſt das Teſtament für nichtig zu halten, und das nach Abzug obiger teſtamentariſcher Erbportionen übrig bleibende Vermögen unter den letzterwähnten Beklagten und den beiden Klägerinnen, als Inteſtaterben, gleichmäßig zu vertheilen.

XVI.

Ueber die neueſten Fortſchritte der Civilproceß-Geſetzgebung in Teutſchland.

Von Mittermaier.

§. 1.

Es iſt ein freudiges Gefühl für jeden Freund der Gerechtigkeit, deſſen Blick auf die legislativen Erſcheinungen der neueſten Zeit fällt, wahrhaft von Fortſchritten der Geſetzgebung in einer Zeit ſprechen zu können, in welcher oft über Rückſchritte geklagt wird, und das Gefühl der Freude vermehrt ſich, weil es die Grundlagen, auf welchen die neuen Geſetzgebungen ruhen, ſind, welche unſeren Juſtizeinrichtungen Dauer, und dem Rechte Schutz und Sicherheit zu geben verſprechen. Auf einer Seite ziehen die neuen Verfaſſungsurkunden, welche das Band des Vertrauens zwiſchen Regenten und Volk feſt knüpfen, den Blick auf ſich, und die darin ausgeſprochenen Grundſätze verbürgen die Feſtigkeit des Gebäudes, auf welchem die Rechtsverfaſſung beruhen wird. — Das heilige Verſprechen, daß kein Richter von ſeiner Stelle auf andere Art, als durch Rechtsſpruch wegen Verbrechen, entſetzt werden könne, giebt dem Juſtizbeamten, welcher als unbeugſamer Prieſter des Rechtes den Forderungen der Willkühr oder Bosheit nicht Gehör giebt, Sicherheit, und durch den Muth der Richter dem Rechte Kraft. — Die garantirte Unabhängigkeit der Gerichte, der Ausſpruch, daß keine anhängige Streitſache von dem Regenten gehemmt ꝛc.